

COMISION DE DERECHO PROCESAL CIVIL

1.- Tutelas diferenciadas en la reforma de 1994 (ambiente, consumo, personas en condición de vulnerabilidad, entre otros)

Ejecución colectiva en acciones de clase en materia de consumo: ¿Qué hacer con los fondos remanentes?

Por Lucio Gonzalo Blasco

Postula para: “Premio A.A.D.P.”

Síntesis:

A pesar de contar con un mecanismo establecido por ley (Art. 54 Ley 24.240) que otorga al juez la facultad y el deber de asignar un destino a las sumas de dinero que no han podido ser distribuidas individualmente a los miembros de la clase, en el marco de la ejecución de una sentencia en un proceso colectivo de consumo, existen distintas alternativas interesantes que merecen ser tenidas en cuenta para el momento en que se debata y adopte una legislación –por demás necesaria- en materia de acciones colectivas.

SUMARIO:

I.- Avances y desafíos en las acciones colectivas en materia de consumo

II.- Sistemas de ejecución colectiva: La doctrina *cy-près*

III.- ¿Quién distribuye los fondos remanentes?

IV.- Alternativas

V.- Conclusión

I.- Avances y desafíos en las acciones colectivas en materia de consumo:

Asistimos a un nuevo aniversario de la reforma constitucional de 1994, la cual, a lo largo de estos 30 años, ha demostrado su fundamental aporte al resguardo del Estado de derecho, en particular a través de la incorporación de una especial protección a determinados derechos y garantías.

En este sentido, la protección constitucional otorgada a los derechos de los usuarios y consumidores con la incorporación del art. 42, junto a las diversas leyes que regulan la materia, han contribuido a un profuso desarrollo de doctrina y jurisprudencia acerca del derecho del consumo. Asimismo, la activa intervención de diversos actores como las asociaciones de usuarios y consumidores, ha favorecido a la evolución procesal del derecho consumeril.

Ejemplo de ello son las acciones de clase, las cuales ya no son extrañas en nuestro país. Por el contrario, existe una gran cantidad de procesos colectivos en materia de consumo en las distintas jurisdicciones, encontrándose decisiones de lo más diversas al respecto, lo cual demanda una necesaria regulación de estos procesos especiales, tal como se ha sostenido en los diversos Congresos de esta institución¹.

¹ De los Santos, M. (2005). *“Algunas pautas para la regulación normativa de los procesos colectivos”*. Libro de Ponencias Generales y Trabajos Seleccionados del XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal; Verbic, F. (2009). *“Algunas ideas para intentar justificar la tutela procesal diferenciada en materia colectiva. Lejos de los conceptos, cerca de los conflictos”*. Ponencias generales, relatos generales y trabajos seleccionados del XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal; Verbic, F. (2015). *“Por una necesaria y urgente reforma que permita una tutela judicial adecuada de usuarios y consumidores”*. Ponencias generales y ponencias seleccionadas del XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal

Así, nuestros tribunales han tenido oportunidad de pronunciarse acerca de las múltiples aristas que los procesos colectivos en defensa de los derechos de los usuarios y consumidores implican.

Sin embargo, a pesar del gran desarrollo y avance de la jurisprudencia y doctrina en la materia, aún existen particularidades propias de este tipo de procesos que no han tenido oportunidad de ser aplicadas, más allá de algún caso aislado.

Una de ellas, es la distribución de los fondos remanentes en el marco de una acción de clase en materia de consumo.

II.- Sistemas de ejecución colectiva: La doctrina *cy-près*

Giannini explica², que podemos hablar de ejecución colectiva de la sentencia, cuando esta es impulsada por el representante de la clase o grupo, por más que los beneficiarios no se presenten a hacer efectiva su acreencia individual.

Uno de los mecanismos utilizados –aunque aún tímidamente en nuestro país³- para la ejecución colectiva de las sentencias en materia de consumo, es la doctrina *cy-près* (de la expresión francesa *cy près comme possible*, que significa “tan próximo como sea posible”), la cual se encuadra dentro de los mecanismos de *fluid recovery*. A su vez, se conoce como “*fluid recovery*” a los distintos sistemas que permiten la ejecución colectiva de una sentencia obtenida en una acción de clase, en los casos donde resulta imposible, costoso o dificultoso identificar a cada víctima o establecer la cuantía adeudada a cada una de ellas⁴. A su vez, existen variantes del *fluid recovery*⁵, entre ellas, la referida doctrina *cy-près*, la cual consiste en asignar las sumas de dinero que integran la indemnización obtenida de una acción

² Giannini, L. J. (2014). “La liquidación y ejecución de sentencias en los procesos colectivos”. Revistas Anales De La Facultad De Ciencias Jurídicas Y Sociales. U.N.L.P, 214-236.

³ Ciertos precedentes han comenzado a aplicar el sistema de *cy-près*: CNCom. Sala E, 27-12-23, “Consumidores Financieros Asoc. Civil Para Su Defensa C/ Industrial And Commercial Bank Of China (Argentina) S.A. S/Ordinario”; Juzg. Nac. Com. N° 12, 17-4-23, “Union De Usuarios Y Consumidores C/ Banco Cetelem Argentina S.A. y otro S/Ordinario”; CNCom. Sala C, 24-11-2011, “Asociación de Defensa de Derechos de Usuarios y Consumidores y otros v. C. & A Argentina S.C.A.”.

⁴ Martínez Medrano, G. (2011), “El Procedimiento De Recuperación Fluida (*Fluid Recovery*) En La Ejecución De Sentencias Colectivas De Consumidores”, pág. 7. Disponible en: <https://works.bepress.com/martinezmedrano/3/>

⁵ Otros sistemas de *fluid recovery* son la reducción de precios, la distribución de vouchers entre los miembros de la clase, entre otros.

de clase, a fondos destinados a cumplir diversos fines que vayan en beneficio de los consumidores afectados.

Sucede muchas veces, que debido a diferentes circunstancias como la antigüedad de los hechos, la cantidad de afectados dispersos y no localizables o la dificultad de realizar el cálculo indemnizatorio individual, este tipo de acciones de clase, culminan con una sentencia que ordena la restitución de una suma líquida a los consumidores, pero aquella no puede ser ejecutada, tornando ilusoria la garantía de una tutela judicial efectiva. Además, como consecuencia de esta imposibilidad, las sumas de dinero terminan quedando en manos del infractor, no cumpliendo tampoco con su función sancionatoria.

La doctrina *cy-près* resulta ser una útil herramienta para solucionar dicha dificultad, pretendiendo otorgarle a los fondos remanentes en una acción de clase, un destino lo más cercano posible y de la manera que mejor beneficie al grupo afectado.

Son varios los beneficios de este mecanismo de ejecución colectiva, ya que permite cumplir con los principales objetivos de las acciones de clase en materia de consumo: hacer efectivos los derechos de los consumidores, obtener una verdadera restitución de las ganancias ilícitamente percibidas y a partir de ello, disuadir al demandado de la comisión de futuras infracciones.⁶

Sin embargo, aún existen ciertas cuestiones que todavía no han sido tratadas adecuadamente por nuestra legislación y jurisprudencia. Una de ellas y la que reseñaré a continuación, consiste en que parámetros adoptar y en manos de quien dejar la decisión del destino de estos fondos a través de la doctrina *cy-près*, que por algún motivo, no han podido ser entregados.

III.- ¿Quién distribuye los fondos remanentes?

Para continuar con este análisis, partiremos de la premisa de que contamos con una sentencia en el marco de una acción colectiva, que ordena a la demandada a restituir sumas de dinero líquidas a los consumidores.

⁶ Medrano, (2011), pág. 6.

Para una exposición más clara, es conveniente abordar el problema en términos prácticos. Supongamos que, finalizada una acción de clase en defensa de un colectivo de consumidores, nos encontramos con una sentencia que ordena indemnizar a los miembros de la clase con la suma total de \$100.000.000. A la hora de promover la ejecución de sentencia, se logra la devolución proporcional y directa de \$50.000.000 a cierta cantidad de consumidores localizados, pero la mitad restante no puede devolverse por no hallar a los demás miembros de la clase debido al paso del tiempo y/o a que ya no son clientes del demandado y/o al desinterés de aquellos por la cuantía individual del crédito (entre tantos otros factores posibles).

Entonces, ¿Qué se debe hacer con los fondos restantes en este caso?

El Art. 54 de la Ley 24.240 otorga al juez la facultad de fijar la manera en la que se instrumentará el resarcimiento, indicando que deberá realizarse de la forma que más beneficie al grupo afectado, en los casos en que todos o algunos de los miembros de la clase no puedan ser individualizados.

Sin embargo, la decisión en cabeza del juez del proceso no siempre podría ser la mejor forma de seleccionar el destino y distribuir los fondos remanentes, o al menos no es la única opción.

En Estados Unidos (país a la vanguardia en acciones de clase), se ha comenzado a discutir la idea acerca de si los jueces deberían ser quienes deciden con amplia discrecionalidad el destino de los fondos cuya devolución individual no resulta posible⁷. En primer lugar, se cuestiona que muchas veces, los magistrados no disponen de las herramientas, recursos o tiempo necesario para fiscalizar la actividad de restitución de las sumas remanentes. Asimismo, se sostiene que aquellos no son expertos en decidir, por ejemplo, qué organizaciones o entidades serán las mejores receptoras de fondos. Otros, incluso plantean que podría encontrarse en juego la imparcialidad del juez a la hora de decidir el destino de aquellos, cuando

⁷ Amanda M. Rose, (2011). 'Classaction.gov'. Vanderbilt Law Research Paper No. 20-05, University of Chicago Law Review, Forthcoming, disponible en <https://ssrn.com/abstract=3534317>. En el mismo sentido: Jennifer Johnston (2013). "Cy Pres Comme Possible to Anything is Possible: How Cy Pres Creates Improper Incentives in Class Action Settlements", 9 J. L. ECON. & POL'Y 277, Págs. 291-92.

entran en juego organizaciones o fundaciones como posibles destinatarios, con las que los jueces o abogados de las partes poseen alguna relación.

Ante estos interrogantes –que si bien aún no han ganado fuerza en nuestro país, más temprano que tarde llegarán-, resulta conveniente analizar alternativas que garanticen una reparación lo más eficiente, directa y cercana posible a los miembros de la clase, a los fines de considerarla de cara a una futura legislación que regule las acciones de clase.

IV.- Alternativas

a) Creación de un órgano independiente: Cierta doctrina⁸ ha propuesto como solución alternativa, la creación un órgano especial dentro del Poder Judicial, encargado de administrar y ejecutar los fondos remanentes de las acciones de clase.

Se ha dicho que dotando a un órgano de estas características con pautas generales para su funcionamiento y decisión del destino de los fondos, podría lograrse liberar al órgano jurisdiccional de esta tarea no siempre sencilla, y a su vez, garantizar una especialidad y minuciosidad mayor a la hora de decidir el destino final de los fondos no distribuidos.

La tutela judicial efectiva seguiría encontrándose resguardada, ya que en última instancia siempre existiría un control de legalidad por parte del juez.

b) Listado de auxiliares: Una propuesta también realizada por Verbic, cercana a la anterior -ya que de alguna forma mantiene la administración de los fondos dentro de la esfera del Poder Judicial- consiste en que la distribución y asignación de las sumas restantes sea ejercida por *“profesionales independientes que desempeñen dicho papel, extraídos de un listado especial confeccionado por el Poder Judicial con adecuado control de idoneidad en general y de desempeño en cada caso”*⁹. De esta manera, la distribución de los fondos estaría en manos de profesionales con experiencia

⁸ Leandro J. Giannini, Verbic F., et al., “*Propuesta De Bases Para La Discusión De Un Proyecto De Ley Que Regule Los Procesos Colectivos*”, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Programa Justicia 2020. Disponible en <http://justiciacolectiva.org.ar/wp-content/uploads/2018/07/Propuesta-de-bases-para-la-discusión-sobre-una-le-y-de-procesos-colectivos.pdf>

⁹ Giannini, Verbic, et al., 2020.

e idoneidad suficiente para decidir acerca de cuál será el destino de los fondos a distribuir que alcanzaría de mejor manera a los miembros de la clase.

Dicha propuesta, podría analizarse y nutrirse tomando ciertos caracteres de la figura del *amicus curiae*¹⁰, la cual si bien se trata de un instituto diferente, coincide en el hecho de permitir la intervención de terceros especialistas en la materia. No resultaría desatinado facilitar la intervención de actores destacados en el área, que ofrezcan sus argumentos respecto a cuál sería el mejor destino de los fondos.

De igual forma que en el caso anterior, siempre deberá existir la posibilidad de un control de legalidad por parte del juez correspondiente.

c) El destino de los fondos se encuentra determinado por ley: Caso de Chile, México y Brasil: Otra de las alternativas consiste en dejar en manos de la ley el destino de los fondos que no han podido ser distribuidos de forma individual.

Esta manera de aplicar la doctrina *cy-près*, en la práctica puede darse principalmente de dos formas: La ley determina directamente el destino final de los fondos (caso de Chile y México), o ésta solo determina quien administrará los fondos y con qué criterios (caso de Brasil).

Tanto la legislación de Chile la de México, han optado por un sistema en el cual los montos que no han podido ser distribuidos por cualquier motivo, son asignados directamente a fondos fijados por ley, que a su vez tienen predeterminado -y por lo tanto acotado- el destino final de aquellos.

En el caso de Chile, con la ley 19.496, se crea un “Fondo Concursable” a donde se dirigirán los fondos remanentes no transferidos ni reclamados provenientes de soluciones alcanzadas en mediaciones o juicios colectivos, y su único y predeterminado destino solo podrá ser el financiamiento de iniciativas que las Asociaciones de Consumidores desarrollen en cumplimiento de sus objetivos. A su vez, la misma ley prevé un Consejo de Administración del Fondo que se encargará del manejo de aquel.

¹⁰ Regulada por la CSJN (Acordada 7/13) y por diversas legislaciones locales.

Vemos en este caso como directamente la ley chilena establece que los fondos no distribuidos que pudieran resultar en las acciones colectivas de consumidores, serán asignados al financiamiento de las actividades de las Asociaciones de Consumidores,

En el caso de México, desde el 2011, al incluir en su Código Federal de Procedimientos Civiles el libro “De las acciones colectivas”, se autoriza la indemnización de perjuicios a sujetos indeterminados, al formar un Fondo que recibirá los recursos no reclamados provenientes de las sentencias de acciones colectivas difusas. Sin embargo, la legislación mexicana también establece una regulación restrictiva sobre el uso de los fondos, toda vez que impide atribuirlos a fines por fuera de los gastos derivados de los procesos colectivos, como los honorarios de la parte actora o gastos judiciales.

En ambos casos se extrae de la discrecionalidad del juez la decisión acerca del destino de los fondos, pero como contrapartida, se restringe en exceso la posibilidad de asignar aquellas sumas de dinero, resultando así peor la solución que el problema original.

La principal crítica que merecen estos sistemas rígidos de distribución consiste en que no permiten analizar de forma razonada la repartición de las sumas remanentes, impidiendo su asignación de la forma en que beneficie más directamente a la clase y por lo tanto, no cumpliendo con su función resarcitoria. No resultará extraño que se den situaciones donde el destino de los fondos se encuentra muy lejos de una reparación siquiera aproximada al grupo. Si bien puede parecer “práctico” este sistema, no contribuye en nada a una auténtica reparación.

El caso de Brasil, al igual que los anteriores, prevé que de existir sumas no distribuidas, serán destinadas a un Fondo de Derechos Difusos, bajo la órbita del Ministerio de Justicia y Seguridad Pública. La diferencia con las legislaciones de Chile y México, es que la ley brasileña otorga una mayor amplitud al destino final que el Fondo podrá darles a aquellas sumas recibidas. En este sentido, la legislación prevé que el objetivo a la hora de asignar un destino final a los fondos será reparar los daños causados al medio ambiente, al consumidor, a los bienes y derechos de valor artístico,

estético, histórico, turísticos, paisajísticos, por infracción del orden económico y otros intereses difusos y colectivos, ampliando dicho destino y no limitándolo restrictivamente como sucede en los casos de Chile y México.

Hoy en día, el sistema implementado por Brasil ha alcanzado un considerable éxito. Los montos administrados por el Fondo de Derechos Difusos se han destinado a múltiples campañas de educación del consumidor a lo largo de todo el Estado; mejoras en la atención a los consumidores en las distintas reparticiones estatales; innovaciones tecnológicas para facilitar la captación de denuncias y reclamos de los consumidores; etc¹¹. Con ello, se ha logrado resguardar los derechos de los consumidores, obteniendo una verdadera reparación toda vez que las inversiones realizadas a través del Fondo se dirigen a la comunidad en particular donde tiene lugar la clase y se cumple con la disuasión del demandado toda vez que no se le restituyen las sumas que no han podido ser distribuidas individualmente.

Posiblemente existan aspectos a mejorar, pero la experiencia brasileña sin lugar a dudas deberá ser tomada en cuenta a la hora de avanzar en una verdadera regulación de las acciones colectivas en nuestro país.

Algunos autores han propuesto soluciones, en un sentido similar al sistema brasileño, valiéndose de instituciones ya existentes en nuestro derecho. Por ejemplo, Giannini¹², ha sostenido que en ausencia de un mejor destino, el juez puede decidir disponer la transferencia al fondo especial destinado a la educación del consumidor, establecido por el art. 47 in fine, LDC -texto según Ley 26361-. Si bien resulta una buena alternativa para la aplicación inmediata, aún continua dejando en manos del juez –y su amplia discrecionalidad- la decisión acerca de cuál será el mejor destino para los fondos, con las complicaciones que esto podría traer ya reseñadas (ej.: falta de tiempo, falta de expertiz en el tema, parcialidad, etc.).

¹¹ Ministerio de Justicia y Seguridad Pública de Brasil, 30-01-2024 “*Fundo de Direitos Difusos atinge recorde histórico de execução orçamentária em 2023*”. Disponible en: www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/fundo-de-direitos-difusos-atinge-recorde-historico-de-execucao-orcamentaria-em-2023

¹² Giannini, L. J., íbidem, pág. 227.

d) Sistema de voto: Finalmente, existe una propuesta, que podría clasificarse como la más osada, pero también como la más innovadora. Esta propone un sistema de votación en el cual participarían los miembros de la clase que sí han podido ser identificados, siendo directamente los consumidores quienes decidan acerca del destino de los fondos remanentes.

Este mecanismo, hoy en día no ha sido tratado casi en lo absoluto, más allá de algunos artículos en Estados Unidos¹³. Sin embargo, resulta interesante analizar, al menos brevemente, que ventajas podría ofrecer.

En primer lugar, es un hecho que la participación de los ciudadanos en la administración de justicia favorece a su revalorización y a la imagen que la comunidad tiene de aquella. Esto surge claramente al revisar la temprana pero valiosa experiencia que hemos tenido con la adopción de los juicios por jurados en materia penal en algunas jurisdicciones de nuestro país¹⁴.

Además, un sistema de votación como el propuesto, permitiría que sea la misma clase la que decida el destino de los fondos remanentes, lo cual garantizaría la elección del destino que mas beneficie a aquella, ya que -lógicamente- nadie elegiría en contra de sus intereses. Resumidamente: la misma clase afectada decidiría como ser reparada.

La tecnología existente hoy en día permitiría implementar dicho sistema de una forma muy sencilla. Por ejemplo, a través de una página web con un acceso restringido para cada integrante de la clase identificado, se podría ejercer el derecho al voto que le fuera conferido sin mayores complicaciones.

Finalmente, no escapa el hecho de que intuitivamente podría objetarse que la concurrencia a dicho ejercicio por parte de los miembros de la clase, sería escasa por falta de interés. Sin embargo, resultaría al menos apresurada

¹³ Abraham B. Dyk, (2018) *"A Better Way to Cy Pres: A Proposal to Reform Class Action Cy Pres Distribution"*, New York University Journal of Legislation and Public Policy; Chasin, Ch., (2015). *"Modernizing class action cy-près through democratic inputs: A return to cy-près comme possible"*. University of Pennsylvania Law Review, (163), Págs.1487-1495.

¹⁴ Valerie Hans y Paula Hannaford Agor (2018). *"La confianza de ser jurado popular aumenta la confianza en el funcionamiento de la justicia. Poder Judicial de Neuquén"*. Disponible en: www.jusneuquen.gov.ar/la-experiencia-de-ser-jurado-popular-aumenta-la-confianza-en-el-funcionamiento-de-la-justicia/. En el mismo sentido: Subsecretaría de Política Criminal del Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (2015). *"Encuestas juicios por jurados de San Isidro"*. Disponible en: www.juicioporjurados.org/2015/07/resultados-de-las-encuestas-los-jurados.html

dicha conclusión ya que existen sobradas razones que motivarían la participación de los ciudadanos. Entre ellas pueden mencionarse la voluntad de una mejora en la administración de justicia; la conexión y solidaridad desarrollada para con los otros miembros de la clase afectada; el hecho de que el ejercicio del voto ya tiene un valor intrínseco lo vuelve un derecho valioso para el ciudadano, quien considerará dicha posibilidad de manifestarse como un deber pero también como un derecho; entre otras.

A modo de crítica, podría expresarse que este sistema no resultaría de gran utilidad para los casos en que absolutamente ningún miembro de la clase ha podido ser identificado, supuesto en el cual debería recurrirse a alguno de los mecanismos anteriores ya mencionados.

V.- Conclusión:

Con la breve descripción de la situación actual y a través de la enumeración de las alternativas posibles, pretendo continuar con la discusión que distintos autores han introducido en nuestro país y contribuir en el joven desarrollo que las particularidades de las acciones de clase en materia de consumo plantean con cada vez más fuerza.

En este sentido, resulta fundamental que las experiencias vividas por otros países, las alternativas planteadas por la doctrina y el análisis jurisprudencial que evoluciona día a día, sean analizadas y consideradas al momento de avanzar en una verdadera legislación en materia de acciones de clase.

De esta manera, lograremos un marco legal que comprenda y contemple las particularidades de los procesos colectivos en materia de consumo, evitando que la efectiva protección y reparación de la clase dependan de un secreto azar, como en "*La lotería de Babilonia*" del maestro Borges¹⁵.

¹⁵ Pitlevnik, L., (2024), "Borges y el Derecho", pág. 25, Editorial Siglo Veintiuno.